

Die Folgen der Barauszahlung der Austrittsleistung ohne Zustimmung des Ehegatten (Art. 5 Abs. 2 FZG) in den neueren Entscheiden des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG)

Von Dr. Elisabeth Glättli, Rechtsanwältin (Zürich/Winterthur)

**** SZS 2005 Seite 184 ****

1.

1.1 ¹

Auf Gesuch ihres Vorsorgenehmers um Barauszahlung der Austrittsleistung überwies eine Vorsorgestiftung diesem die Freizügigkeitsleistung in der Höhe Fr. 226480.20. Im Gesuch hatte sich die Ehefrau unterschriftlich als mit der Barauszahlung einverstanden erklärt. Zwei Jahre später verstarb der Vorsorgenehmer. Als sich die Ehefrau nach dem Verbleib der Austrittsleistung erkundigte, ergab sich, dass ihre Unterschrift vom Vorsorgenehmer und Ehemann gefälscht und diesem die Leistung daher zu Unrecht erbracht worden war. In der Folge klagte die Ehefrau gegen die Vorsorgeeinrichtung auf Ausrichtung der Austrittsleistung. Zu beurteilen war, ob die Vorsorgestiftung die damalige Barauszahlung mit befreiender Wirkung erbracht oder ob sie nochmals zu leisten hatte.

Im als Leitentscheid veröffentlichten Urteil vom 10. Oktober 2003 (BGE 130 V 103 ff.) entschied das EVG, dass es für die Frage der befreienden Wirkung der Barauszahlung der Austrittsleistung ohne Zustimmung des Ehegatten darauf ankomme, ob die Vorsorgestiftung bei der Auszahlung die gebotene Sorgfalt angewendet habe. Insoweit ergebe sich im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 FZG eine andere Rechtsfolge als bei den verwandten Bestimmungen im Bürgschaftsrecht (Art. 494 Abs. 1 und 3 OR), im Abzahlungsvertrag (Art. 226b Abs. 1 und 3 OR), im Mietrecht (Art. 266m in Verbindung mit Art. 266 OR) und im Eherecht (Art. 169ZGB f.), wo die fehlende oder formungültige Zustimmung des Ehegatten zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führe, ohne dass sich der Vertragspartner des anderen Ehegatten auf seinen guten Glauben berufen kann (Erw. 3.2, mit Hinweisen). Das Gericht qualifizierte das Rechtsverhältnis zwischen Vorsorgeeinrichtung (i.c. eine umhüllende Kasse) und Vorsorgenehmer als privatrechtlichen Vorsorgevertrag, der rechtsdogmatisch den Innominatverträgen zuzuordnen sei und gelangte zur Anwendung der Art. 97 ff. OR. Gestützt darauf nahm es ein Verschulden an, wenn von der Sorgfalt, welche eine gewissenhafte und sachkundige Einrichtung der beruflichen Vorsorge in einer vergleichbaren Lage bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben beachten würde,

**** SZS 2005 Seite 185 ****

abgewichen werde (Erw. 3.3). Im zu beurteilenden Fall verneinte das EVG eine Sorgfaltspflichtverletzung; der Vorsorgenehmer hatte jahrelang in einer Vertrauensstellung bei der Stifterfirma gearbeitet und war bekannt, bei der Pensionskasse herrschten überschaubare Verhältnisse und die Mitteilung des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 51 vom 22. Juni 2000 betreffend Missbräuche bei der Barauszahlung war noch nicht ergangen. Die Verneinung einer Sorgfaltspflichtverletzung führte zum Schluss, dass die Vorsorgeeinrichtung mit befreiender Wirkung geleistet hatte. Die Klage der Ehefrau und der beiden Töchter des mittlerweile verstorbenen Vorsorgenehmers auf Ausrichtung der Austrittsleistung wurde abgewiesen (Erw. 3.4-3.5).

1.2 Im Urteil vom 7. Januar 2004 in Sachen P. (B 58/01) ging es gleichfalls um die Klage einer Ehefrau, deren (mittlerweile verstorbener) Ehegatte die Barauszahlung der Freizügigkeitsleistung unter Fälschung ihrer Unterschrift erwirkt hatte. Im Unterschied zum ersten Fall war der Ehemann der Vorsorgeeinrichtung nicht bekannt und zwischen dem Ausscheiden aus dem der Vorsorgeeinrichtung angeschlossenen Betrieb und dem Barauszahlungsgesuch lag ein längerer Zeitraum. Angesichts dieser Umstände kam das Gericht zum Schluss, die Vorsorgeeinrichtung hätte nicht unbesehen auf die vermeintliche Zustimmung der Ehegattin vertrauen dürfen, sondern zusätzliche Abklärungen vornehmen müssen. Daher habe sie ihre Sorgfaltspflicht verletzt und sei gehalten, der Ehefrau die Austrittsleistung zu erbringen (Erw. 3.3).

1.3 Gleich gelagert ist der Fall, welcher dem Urteil des EVG vom 2. Februar 2004 zugrunde lag (in Sachen C., B 45/00). Der Vorsorgenehmer legte der Vorsorgeeinrichtung auch hier eine gefälschte Unterschrift der Ehefrau betreffend Zustimmung zur Barauszahlung vor. Als diese im Rahmen des von ihr eingeleiteten Scheidungsverfahrens davon Kenntnis erhielt, belangte sie die Vorsorgeeinrichtung

auf Schadenersatz sowie auf Auszahlung der Hälfte der ihrem Ehemann bar ausgerichteten Freizügigkeitsleistung. Auch hier erkannte das Gericht, dass die Barauszahlung in Verletzung der Sorgfaltspflicht erfolgt war und keine befreiende Wirkung entfaltete (Erw. 3.3).

1.4 Eine Sorgfaltspflichtverletzung bejahte das Gericht ferner im Urteil vom 10. Februar 2004 in Sachen A. (B 87/00), welchem zugrunde lag, dass gar keine Zustimmung der Ehefrau zur Barauszahlung behauptet und vorhanden war und die Vorsorgeeinrichtung auch keine Abklärungen getroffen hatte (Erw. 2.2 und 2.3).

2.

2.1 Wie ausgeführt beantwortete das Gericht die Frage, ob die Unterschrift des Ehegatten Gültigkeitserfordernis sei und die Barauszahlung ohne Unterschrift des Ehegatten nichtig ist oder ob befreiende Wirkung eintritt, wenn die Kasse

**** SZS 2005 Seite 186 ****

nachweist, dass sie bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt vom Vorliegen der Zustimmung der Ehefrau ausgehen konnte, im Sinne der zweiten Lösung. Das Gericht berief sich dabei auf ein Votum des damaligen Bundesrates Koller, welcher in Bezug auf die Barauszahlung bei Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit (Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG) ausgeführt hatte, dass es genüge, wenn sich eine Vorsorgeeinrichtung bei der AHV-Ausgleichskasse erkundige, ob der Vorsorgenehmer registriert sei. Damit habe die Kasse ihre Sorgfaltspflicht erfüllt und könne deshalb der Gefahr, zweimal auszahlen zu müssen, entgehen. Das Gericht zog daraus den Schluss, eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge könne auch im Falle einer unzulässigen Barauszahlung infolge fehlender Zustimmung des Ehegatten bei Erfüllung der gebotenen Sorgfalt mit befreiender Wirkung an den ausgetretenen Versicherten leisten. Es ergebe sich im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 FZG eine andere Rechtsfolge als bei den verwandten Bestimmungen im Bürgschaftsrecht (Art. 494 Abs. 1 und 3 OR), zum Abzahlungsvertrag (Art. 226b Abs. 1 und 3 OR), im Mietrecht (Art. 266m in Verbindung mit Art. 266 OR) und im Eherecht, wo die fehlende oder formungültige Zustimmung des Ehegatten zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führe, ohne dass sich der Vertragspartner des andern Ehegatten auf seinen guten Glauben berufen könne (BGE 130 V 108 Erw. 3.1).

Die Diskussion über diese Risikoverteilung soll an dieser Stelle nicht aufgenommen werden ². Angesichts der Bedeutung und des Zwecks von Art. 5 Abs. 2 FZG sowie angesichts dessen, dass der Schutz in der Hand der Vorsorgeeinrichtung steht, erscheint jedenfalls ein strenger Verschuldensmassstab als angemessen. ³

2.2 Das Gericht qualifizierte im Leitescheid das Vorsorgeverhältnis als *privatrechtlichen Vertrag* und wandte für die Frage, ob der Vorsorgeeinrichtung ein Verschulden vorzuwerfen sei, die Bestimmungen der Art. 97 ff. OR an (Nicht- oder Schlecht-erfüllung von Verträgen). Zur Qualifikation wird im Entscheid ausgeführt, der Vorsorgeplan der Vorsorgeeinrichtung werde als Leistungsprimatplan nach Art. 16FZG geführt, wobei mindestens die Minimalleistungen gemäss BVG zu erbringen seien. Es handle sich bei der Einrichtung daher um eine so genannt umhüllende Kasse, welche die weitergehende Vorsorge unter Einschluss des BVG betreibe. In diesem Bereich werde das Rechtsverhältnis durch einen *privatrechtlichen Vorsorgevertrag* begründet, der rechtsdogmatisch den Innominatsverträgen zuzuordnen sei (BGE 130 V 109 Erw. 3.3).

**** SZS 2005 Seite 187 ****

2.3 Die kurze Begründung der Anwendbarkeit der vertraglichen Regeln vermag nicht zu befriedigen. Fraglich erscheint insbesondere, ob die Qualifikation als *privatrechtlicher Vertrag* ohne weiteres auch für den Teil des Vorsorgeverhältnisses gilt, welcher dem Obligatorium untersteht.

Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 307 das Rechtsverhältnis zwischen Vorsorgenehmer und Vorsorgeeinrichtung in der obligatorischen beruflichen Vorsorge (Säule 2a) als *öffentlich-rechtlicher Natur* qualifiziert, da es als zwingende Nebenfolge des Arbeitsverhältnisses entstehe (Art. 2 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 BVG, vgl. auch Erw. 2.3). Diese Qualifikation steht der Annahme eines Vertragsverhältnisses entgegen. Der gleiche Schluss ergibt sich aus der Auffassung desjenigen Teils der Lehre, welche im Bereich des Obligatoriums des BVG den sozialversicherungsrechtlichen Charakter des BVG bejaht. Nach dieser (überwiegenden) Auffassung besteht im Obligatoriumsbereich keine Vertragsfreiheit, und es ist von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis auszugehen ⁴. Im Gegensatz dazu besteht in Lehre und Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass im Bereich der freiwilligen und vor- und überobligatorischen Vorsorge (Säule 2b) das Rechtsverhältnis zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem Vorsorgenehmer durch einen *privatrechtlichen Vorsorgevertrag*

begründet wird, der rechtsdogmatisch den Innominatverträgen zuzuordnen ist ⁵.

**** SZS 2005 Seite 188 ****

In den eingangs aufgezeigten Urteilen unterschied das EVG nicht danach, welche Leistungen in Frage stehen, sondern qualifizierte das ganze Rechtsverhältnis unter Bezugnahme darauf, dass die Kasse auch Leistungen der weitergehenden Vorsorge erbringe, als vertragliches. Dass dabei ohne Bezugnahme auf BGE 129 III 307 das ganze Rechtsverhältnis über einen Leisten geschlagen wird, befriedigt indes nicht. Wird der Vertragscharakter dem Obligatoriumsbereich überhaupt abgesprochen, so verbietet sich bei einem aus Leistungen der obligatorischen und der weitergehenden Vorsorge bestehenden Vorsorgeverhältnis die Annahme eines Innominat- oder eines gemischten oder zusammengesetzten Vertrags ⁶. Angesichts der Regelung im Krankenversicherungsrecht, wo zwischen Obligatoriums- und (privatrechtlichem) Zusatzbereich klar unterschieden wird, erscheint sodann eine einheitliche Behandlung nicht zwingend ⁷. Argumentative Leitlinien oder eine einlässlichere Begründung der getroffenen Qualifikation finden sich in den eingangs zitierten Urteilen nicht. Namentlich enthalten sie keine Diskussion darüber, inwiefern etwa der Trägerschaft der BVG-Einrichtungen oder ihrer Befugnisse im Gegensatz zur Krankenversicherung eine entscheidende Rolle zuzumessen wären und inwiefern es sich rechtfertigte, bezüglich des Obligatoriums etwa von Mindestvorschriften auszugehen ⁸.

Angesichts der aufgezeigten Rechtslage betreffend die Rechtsverhältnisse zwischen Vorsorgeeinrichtung und Vorsorgenehmer erscheint jedenfalls für den Bereich des Obligatoriums die direkte Anwendung obligationenrechtlicher Bestimmungen, insbesondere der Art. 97 ff. OR und des vertraglichen Sorgfaltsmassstabes, fraglich. *Die insofern unbefriedigende und zu BGE 129 III 305 im Widerspruch stehende Qualifikation des gesamten Vorsorgeverhältnisses als vertragliches widerspiegelt die bis jetzt umstrittene und uneinheitlich beurteilte Rechtslage bezüglich Rechtsnatur und Zuordnung des Obligatoriumsbereiches des BVG* ⁹. Eine eingehendere Auseinandersetzung mit der Qualifikation des Vorsorgevertrages wäre daher von Interesse gewesen.

3. Zu kritisieren ist weiter der (direkte) Bezug von Art. 97OR als Grundlage der für die Befreiung massgeblichen Sorgfalt, und zwar auch dann, wenn - namentlich im Bereich des überobligatorischen Teils - von vertraglichen Verhältnissen ausgegangen wird:

**** SZS 2005 Seite 189 ****

3.1 In den angegebenen Entscheiden des EVG war die Frage zu beurteilen, welche Wirkung einer Barauszahlung ohne Zustimmung des Ehegatten zuzumessen ist. Es geht dabei nicht um Schadenersatz, sondern - wie auch das EVG betonte (vgl. B 58/01 Erw. 1.2) - um die Frage, ob sich die Vorsorgeeinrichtung mit einer solchen Leistung befreien kann oder ob sie - unabhängig vom Verschulden - bei unzulässiger Barauszahlung weiterhin zum Erbringen der gesetzeskonformen Leistung verpflichtet bleibt. Diese Frage wird von Art. 97OR indes nicht geregelt: Art. 97OR ist vertragliche Schadenersatznorm und Grundlage des vertraglichen Schadenersatzanspruches des Gläubigers gegen den Schuldner bei Nicht- oder Schlechterfüllung beziehungsweise Verletzung weiterer (vertraglicher) Verhaltenspflichten ¹⁰. Ein solcher Schadenersatzanspruch steht bei der vorliegenden Fragestellung, wo die Barauszahlung an den Gläubiger durch Missbrauch erwirkt wurde, nicht in Frage. Dem Vorsorgenehmer steht klarerweise kein Schadenersatzanspruch zu, da er zum einen die Leistung erhalten und zum anderen die Falschleistung ja gerade verschuldet hat. Der um die Leistung gebrachte Ehegatte ist hingegen grundsätzlich nicht zur Geltendmachung von Schadenersatz aufgrund von Art. 97OR legitimiert, da er nicht Vertragspartei ist ^{11, 12}. Die Berufung auf Art. 97OR, welcher eine vertragliche Schadenersatznorm für den Vertragspartner beziehungsweise Leistungsgläubiger darstellt, ist daher unpassend und von der grundsätzlichen Zielrichtung her verfehlt.

3.2 Die Frage der Befreiung von der Leistungspflicht und diejenige nach dem Schadenersatzanspruch stehen zwar insofern in einer Wechselwirkung, als nur bei Nichtbefreiung Schadenersatz in Frage kommt und umgekehrt bei Befreiung ein

**** SZS 2005 Seite 190 ****

Schadenersatzanspruch entfällt ¹³. Namentlich wird der Schuldner im Rahmen eines Schadenersatzverfahrens befreit, wenn er sich zu exkulpieren vermag. Vorliegend kommt jedoch wie aufgezeigt ein vertragliches Schadenersatzverfahren nicht zum Tragen beziehungsweise bedürfte mit Bezug auf die Legitimation des Dritten der eingehenden Begründung. Ohnehin sind aber die Regelungsgehalte von Befreiung und Schadenersatzanspruch unterschiedlich und in je eigenen Normen geregelt: Art. 119OR bestimmt - als Korrespondenznorm zu Art. 97 OR ¹⁴

- für den Fall der nachträglichen subjektiven oder objektiven Leistungsunmöglichkeit, dass der Schuldner befreit wird, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu verantworten hat. Vorliegend steht aber eine noch mögliche Leistung in Frage, weshalb Art. 119OR nicht anwendbar ist. Bei noch möglichen Leistungen besteht eine andere Regelung als nach Art. 119OR: Der Schuldner bleibt so lange zur Leistung verpflichtet, bis er ordnungsgemäss erfüllt hat (Art. 114 Abs. 1 OR) oder bis der Gläubiger nach den Regeln der Art. 107 ff. OR vom Vertrag zurücktritt (Art. 107 Abs. 2 OR). Da ein Rücktritt des Gläubigers bei der hier in Frage stehenden Konstellation nicht denkbar ist, tritt Befreiung grundsätzlich nur durch Erbringen der ordnungsgemässen Leistung ein (Art. 114 Abs. 1 OR, Art. 68 ff. OR). Somit ergibt sich, dass - abgesehen davon, dass Art. 97OR nur indirekt auf Fragen der Befreiung anwendbar ist - zu Art. 97 OR für den Verzugsfall eine Korrespondenznorm wie Art. 119 OR fehlt. Umso weniger kann Art. 97OR die direkte Grundlage für die Frage nach der Befreiung des Schuldners sein.

In den vergleichbaren Fällen des Privatrechts, in welchen es um die Verteilung des Haftungsrisikos für gefälschte Überweisungsaufträge ging, wandten Bundesgericht und Lehre die Art. 97 ff., insbesondere Art. 100 Abs. 2 OR, ebenfalls nicht direkt an¹⁵. Dort ging es zwar um den Erfüllungsanspruch des Vertragspartners (Gläubigers) und um die Frage, ob der Schaden infolge der unbestrittenermassen ohne Befreiungswirkung erbrachten Fehlleistung von der Bank auf den Kunden oder die Kundin überwältzt werden darf. Urteile und Lehre zur Frage der Schadenüberwälzungen bei Putativaufträgen machen jedoch klar, dass der Schaden, welcher aufgrund einer nicht-befreiend wirkenden Leistung dem Schuldner entsteht, kein Fall der Art. 97 ff. OR ist. Dies schliesst deren Anwendbarkeit auf die vorliegende Fragestellung nach der mangelnden Sorgfalt als "Vorstufe" für diesen Schadenseintritt um so mehr aus.

**** SZS 2005 Seite 191 ****

3.3 Die Frage, wann eine Leistung befreiende Wirkung entfaltet (vgl. Art. 114 Abs. 1 OR), wird in erster Linie im ersten Abschnitt des zweiten Titels der allgemeinen Bestimmungen (Art. 68 ff. OR) geregelt¹⁶. Erfüllung bedeutet die nach Person, Zeit, Ort, Person und Inhalt richtige Leistung¹⁷, weshalb die Leistung an einen vermeintlichen Gläubiger oder an eine vermeintliche Gläubigerin den Schuldner grundsätzlich nicht befreit¹⁸. Damit hat grundsätzlich der Schuldner das Risiko betrügerisch veranlasseter Zahlungen zu tragen¹⁹.

Die Anwendung der obligationenrechtlichen Befreiungsregeln würde daher dazu führen, dass die Vorsorgeeinrichtung das Risiko zu tragen und nochmals zu leisten hätte, ohne dass diesbezüglich Erwägungen zur Sorgfalt ins Spiel gebracht werden könnten. Da Art. 97 ff. OR jedenfalls nicht direkt anzuwenden ist, bleibt die Frage nach der positivrechtlichen Rechtsgrundlage der Befreiung durch Anwendung der gebotenen Sorgfalt offen, selbst wenn von vertraglichen Verhältnissen ausgegangen würde.

3.4 Es bleibt somit zu prüfen, welche Bestimmungen für eine Risikoverteilung nach dem Verschulden zur Anwendung kommen könnten, wobei allerdings eine einlässlichere Untersuchung nicht Gegenstand dieser Arbeit sein kann. In Erinnerung gerufen sei, dass in den hier in Frage stehenden Fällen die Vorsorgeeinrichtung unter Verletzung von Bestimmungen, welche einem weitergehenden Interesse (dem Schutz des Ehegatten beziehungsweise der Familie) dienen, die Freizügigkeitsleistung an den betrügenden Vorsorgenehmer geleistet hat, wodurch die Interessen oder Anwartschaften der Ehefrau und gegebenenfalls der gemeinsamen Kinder verletzt wurden. Bei dieser Ausgangslage wäre - jedenfalls im überobligatorischen Bereich - die analoge Anwendung des Verschuldensmassstabes von Art. 97OR denkbar. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb der Schuldner Pflichten, welche im Interesse

**** SZS 2005 Seite 192 ****

weiterer Personen erlassen wurden, nicht mit der gleichen Sorgfalt nachzuleben hat wie den Pflichten gegenüber dem Gläubiger oder der Gläubigerin. Insofern erscheint der objektivierte Verschuldensmassstab mit der Einstandspflicht für jedes, also auch leichtes Verschulden, grundsätzlich passend. Auch die Beweislastumkehr erscheint angesichts dessen, dass es um den Beweis der richtigen Erfüllung geht wie auch angesichts dessen, dass das Handeln der Vorsorgeeinrichtung gefragt ist, grundsätzlich zutreffend. Hingegen kommt eine Wegbedingung der Haftung im Hinblick auf das mit dem Zustimmungserfordernis verbundene Ziel des Familienschutzes wohl kaum in Frage²⁰. Als zweite Möglichkeit ist sodann die Anwendung des Sorgfaltsmassstabes der ausservertraglichen Haftung (Art. 41OR) in Betracht zu ziehen, zumal die Bestimmung von Art. 5 Abs. 2 FZG als Schutznorm für den anderen Ehegatten oder die Kinder aufgefasst werden kann. Bei dieser Lösung spielt keine Rolle, ob das Vorsorgeverhältnis als vertraglich qualifiziert wird oder nicht. Schliesslich fragt sich, ob nicht dem allgemeinen oder BVG-spezifischen Verwaltungsrecht Grundsätze

über die anzuwendende Sorgfalt zu entnehmen sind, welche auf die Prüfung der Unterschrift im Rahmen von Art. 5 FZG anzuwenden wären. Auch diese Lösung wäre unabhängig von der Qualifikation des Vorsorgeverhältnisses. Sie würde dem Umstand Rechnung tragen, dass Art. 5 Abs. 2 FZG auf alle Vorsorgeverhältnisse anwendbar ist²¹ und in Bezug auf den Schutzzweck über das Vertragsverhältnis hinausgeht.

Dass auch im Privatrecht eine Risikoverteilung nach Verschulden als angemessen empfunden wird, zeigt ein Blick auf die Risikoverteilung der vergleichbaren Rechtslage bei betrügerisch veranlassten Banküberweisungen. Die Gesetzeslage, wonach die Bank das Risiko solcher Überweisungen zu tragen hätte, führte dazu, dass die Banken ihr diesbezügliches Risiko ganz oder teilweise mittels Vertragsklauseln (AGB) auf ihre Kundinnen und Kunden abzuwälzen suchen (voraussetzungslos oder lediglich bei grobfahrlässigem Verhalten der Bank). Durch die Bezugnahme der Klauseln auf Grobfahrlässigkeit und infolge der analogen Anwendung von Art. 100 Abs. 2 OR bei der Überprüfung dieser Klauseln²², gelangt die Rechtsprechung auch hier zur Massgeblichkeit des Verschuldens für die Risikoverteilung. Überdies wird in der Lehre insbesondere für Fälle, in welchen kein Verschulden einer Partei vorliegt, postuliert, dass das Gericht für eine gerechte Schadensaufteilung Sorge²³. Eine solche ist nach der Lehre etwa dann gegeben, wenn jeder Vertragspartner diejenigen Risiken übernimmt, die aus seiner Sphäre stammen oder die er - im Vergleich zum anderen Vertragspartner - leichter tragen kann²⁴.

**** SZS 2005 Seite 193 ****

Bei betrügerisch veranlassten Überweisungen zeichnet sich somit im Privatrecht hinsichtlich der Frage nach der Befreiung des Schuldners eine Abkehr vom rein erfolgsbezogenen Begriff der Erfüllung ab, welcher für das Handeln betreffende Verschulden keine Grundlage bietet²⁵. Auf das (ebenfalls konzeptionsbedingte) Fehlen einer entsprechenden Korrespondenznorm wie Art. 119OR betreffend Befreiung unmöglich gewordener Leistungen wurde bereits hingewiesen (obige Ziff. 3.2).

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in den Entscheiden des EVG zur Barauszahlung ohne Zustimmung des Ehegatten die Berufung auf den Sorgfaltsmassstab von Art. 97OR zunächst insofern als fraglich erscheint, als das Gericht ohne weiteres auch im Obligatoriumsbereich von einem vertraglichen Rechtsverhältnis zwischen Vorsorgeeinrichtung und Vorsorgenehmer ausging. Die (direkte) Berufung auf Art. 97OR muss aber ohnehin - und zwar auch für den Nicht-Obligatoriumsbereich, wo von Vertragsverhältnissen auszugehen ist - als von der Zielrichtung verfehlt und dogmatisch unzutreffend bezeichnet werden. Gesamthaft erscheint der wenig begründete Beizug von Art. 97OR fast etwas als zusätzliche Rechtfertigung oder Untermauerung des Grundsatzentscheides, statt auf vorbehaltlose Aberkennung der befreienden Wirkung einer ohne Zustimmung des Ehegatten geleisteten Barauszahlung an den Vorsorgenehmer (Gültigkeitserfordernis) den Sorgfaltsnachweis zuzulassen. Diesen Entscheid hatte das Gericht indes unter Berufung auf das Votum des damaligen Bundesrates Koller getroffen - ein Argument, welches in der Tat als etwas dürftig erscheint²⁶.

**** SZS 2005 Seite 194 ****

Angesichts der wenig begründeten Berufung auf Art. 97OR bleibt letztlich die Frage nach der Rechtsgrundlage für die anzuwendende Sorgfalt, und damit nach der positivrechtlichen Legitimation des getroffenen Entscheids, weitgehend offen. Auch aus diesem Grund hätte sich wohl der eine oder die andere eine etwas vertiefte Darlegung der Rechts-, Risiko- und Interessenlage gewünscht²⁷.

¹ Dr. Hermann Walser danke ich für die Gesprächsbereitschaft und die Hinweise.

² Vgl. dazu Geiser, Bemerkungen zum Verzicht auf den Versorgungsausgleich, ZBJV 136 (2000) 89 ff., 103 Ziff. V.5.3.; Zünd, Probleme im Zusammenhang mit der schriftlichen Zustimmung zur Barauszahlung der Austrittsleistung des nicht am Vorsorgeverhältnis beteiligten Ehegatten (Art. 5 Abs. 2 und 3 FZG), SZS 22 (2000) 420 ff.; ders., Schriftliche Zustimmung zur Barauszahlung der Austrittsleistung an Verheiratete und die Folgen bei gefälschter oder fehlender Unterschrift, AJP 2002 662 ff.

³ Siehe dazu nachfolgend 3.4.

⁴ Beros Stefano, Die Stellung des Arbeitnehmers im BVG, Zürich 1993, 46 ff., 49 ff., Brühwiler Jürg, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (Letzteres wird im Folgenden zitiert als: Bundesverwaltungsrecht, mit Angabe des Verfassers), N 57; ders., Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, N 5 und N 13 zu § 21; Riemer Hans Michael, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Bern 1985, 99 f. (im Folgenden zitiert als: Riemer Vorsorge). Im Sinne der Zuordnung des BVG zur Sozialversicherung und kritisch zur Ausklammerung des BVG von der Geltung des ATSG, was nach Kieser zu einer der meist-umstrittenen Fragen bei der Ausarbeitung des ATSG gehörte, äussern sich sodann Brühwiler, Personalvorsorge, N 1-35 zu § 24, Kieser, Kommentar zum ATSG, Zürich 2003, N 18 ff. zu Art. 2; ders., Die Koordination von BVG-Leistungen mit den übrigen Sozialversicherungsleistungen, in: Neue Entwicklungen in der beruflichen Vorsorge, St. Gallen 2000, 83 ff., 85; Locher Thomas, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, N 7 zu § 1 und N 36 zu § 4; Riemer, ATSG und Berufliche Vorsorge, SZS 2003 211 Ziff. V; Riemer Vorsorge, N 10 zu § 1 mit Hinweisen; vgl. im Weiteren die Zusammenstellung der Lehrmeinungen bei Beros (a.a.O.) auf S. 36, wonach sich die überwiegende Lehrmeinung für die Zuordnung des Obligatoriums zur Sozialversicherung aussprach. In die gleiche Richtung, nämlich die Gleichstellung des BVG mit den (übrigen Sozialversicherungen), geht die Kritik an der jetzigen Regressmöglichkeit der Pensionskasse: Statt der Anwendbarkeit von Art. 51OR wird vielfach auch für die Pensionskasse ein integrales Regressrecht gefordert (s. etwa Vetter-Schreiber Isabelle, Der steinige Weg des Pensionskassenregresses, in: Berufliche Vorsorge 2002, Schriftenreihe IRP-HSG, St. Gallen 2002, 201 ff., 207 Ziff. II.3.b mit weiteren Hinweisen).

⁵ BGE 130 V 109 Erw. 3.3 mit Verweis auf BGE 129 V 305 Erw. 2.2; 122 V 142 Erw. 4, 118 V 229 Erw. 4; zu einer rechtstatsächlichen Würdigung im überobligatorischen Bereich s. 129 III 309 f. Erw. 2.3 bis 2.5; Beros, 69 ff., Riemer Vorsorge, 101 f., Walser, Weitergehende berufliche Vorsorge, in: Bundesverwaltungsrecht (Fn. 4), N 172 und N 186 mit Hinweisen.

⁶ Siehe dazu Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich 2003, N 252 f.

⁷ Eine Trennung von obligatorischen Leistungen und überobligatorischen, vertraglichen Leistungen findet sich bekanntlich auch im KVG (Art. 12 Abs. 2 KVG und etwa Maurer Alfred, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel 1996, 131 ff.).

⁸ Vgl. dazu Walser, Aktuelle rechtliche Probleme im Hinblick auf den Vollzug des BVG, SZS 1988 282 f.

⁹ Vgl. die Angaben in Fn. 4.

¹⁰ Statt vieler: Wiegand, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 1- 529OR, 3. Auflage, Basel 2003 (im Folgenden: (Autor), Basler Kommentar), Einleitung zu Art. 97-109 N 1 und 5 ff., Art. 97 N 1; Glättli, Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und 107 Abs. 2 OR, Zürich 1998, 3 f., 200 f.

¹¹ Vgl. auch Zünd, AJP 2002 664. Dritte können im Regelfall aufgrund von Art. 97OR keinen Schadenersatz fordern (s. dazu im Einzelnen Weber, Rolf H., Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97- 109OR, Berner Kommentar Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Bern 2000 (im Folgenden: BK-Weber), N 275 ff. zu OR 97. In Frage käme allenfalls ein Vertrag mit Schutzwirkung Dritter; eine gesicherte Rechtspraxis dazu besteht in der Schweiz indes nicht (vgl. BK-Weber N 290 ff. zu OR 97).

¹² Auch bei Annahme eines echten Vertrags zugunsten eines Dritten (Art. 112 Abs. 2 OR) ist der Dritte nicht Vertragspartei, vgl. Weber Rolf H., Berner Kommentar Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband, Bern 2002 (im Folgenden: BK-Weber), N 112 zu OR 112, vgl. auch N 119 ff. zu OR 112; Gonzenbach, Basler Kommentar (Fn. 10), N 15 zu OR 112. Dem Dritten werden aber bei Verletzung seines Forderungsrechts gleichwohl Schadenersatzansprüche vertraglicher Natur nach Massgabe der Bestimmungen der OR 97 ff. zugebilligt (BK-Weber N 112 und N 119 ff. zu OR 112). Es bedürfte aber der eingehenden Begründung, inwiefern bei der Barauszahlung der Freizügigkeitsleistung von Rechtsansprüchen des Ehegatten oder der Kinder auszugehen wäre und inwiefern Letzteren ein solcher Schadenersatzanspruch des Dritten (wohl vor allem aufgrund positiver Vertragsverletzung) zustehen würde.

¹³ Beim obligationenrechtlichen Schadenersatzanspruch bleibt der Schuldner vertraglich gebunden, wenn auch der Anspruch des Gläubigers nicht mehr auf die Primärleistung, sondern auf Schadenersatz als Sekundärleistung geht, Glättli, a.a.O. (Fn. 10), S. 3 Kap. 2. Anderes gilt für den weiteren Schaden aus positiver Vertragsverletzung, welcher grundsätzlich unabhängig von der Frage der Nichterfüllung zu ersetzen ist.

¹⁴ Wiegand, Basler Kommentar (Fn. 10), OR 119 N 1.

¹⁵ BGE 111 II 263 Erw. 1a-b , BGE 112 II 50 = Pra 76 Nr. 144 Erw. 6a, Bucher Eugen, Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, recht 1984, 97 ff., 99 f.; Weber Rolf H., Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 1985 85 ff., 87 Kap. III.1a.

¹⁶ Leu Urs, Basler Kommentar (Fn. 10), Vorbemerkungen zu Art. 68-74 zu N 1 f.; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, a.a.O. (Fn. 6) N 2005.

¹⁷ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, a.a.O. (Fn. 6), N 2007. Weber, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 68-96 OR, Berner Kommentar Band VI/1 1. Abteilung 4. Teilband, 2. Auflage, Bern 2005 (im Folgenden: BK-Weber) N 41 und 103 Einleitung und Vorbemerkung zu Art. 68-96 OR. Denn der Schuldner wird nicht schon durch die Vornahme der Leistungshandlung befreit, sondern erst dann, wenn der durch die einklagbare Pflicht konkretisierte Erfolg eintritt (BK-Weber N 23, Einleitung und Vorbemerkung zu Art. 68-96 OR).

¹⁸ Statt vieler BK-Weber (Fn. 17) N 121 zu OR 68. Hat der Gläubiger den Schuldner zur Falschleistung verleitet, ist sein Anspruch erloschen (BK-Weber N 122 zu OR 68; Leu, Basler Kommentar (Fn. 10) Art. 68 N 7; Schraner, Obligationenrecht, Teilband VIe, Die Erfüllung der Obligationen Art. 68- 96OR, Zürich 2000, N 115 ff.; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, a.a.O. (Fn. 6), N 2093 ff.).

¹⁹ Nach der Lehre hat der Gläubiger allerdings dann keinen Anspruch mehr, wenn er die Falschleistung veranlasst hat. Dies ist indes für die vorliegende Fragestellung ohne Bedeutung, da es nicht um Ansprüche des Ehemannes geht.

²⁰ Vgl. auch Zünd AJP 2002 664.

²¹ Walser, in: Bundesverwaltungsrecht, Weitergehende berufliche Vorsorge, N 171.

²² Wobei die Banken seit BGE 112 II 450 beziehungsweise Pra 76 Nr. 144 als obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe im Sinne von Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR gelten.

²³ Vgl. Pra 76 Nr. 144 Erw. 6a mit Hinweisen.

²⁴ Weber, Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken - zum Problem einer Grenzziehung, SAG 1984 150 ff., 157 f. Auch Bucher postulierte, in Fällen, wo eine Risikoverteilung nach Verschulden infolge "Zufallsfehlern" nicht möglich ist, eine Risikoverteilung danach vorzunehmen, in welchem Bereich ein Betrug angesiedelt ist (Bucher, a.a.O. (Anm. Fn. 16), 101 f.).

²⁵ BK-Weber N 11 und N 23 Einleitung und Vorbemerkung zu Art. 68-96; Glättli, a.a.O. (Fn. 10), 39 f.

²⁶ Zumal auch in der Botschaft auf die Regelungen im Abzahlungs-, Miet- und Bürgschaftsvertrag hingewiesen wurde (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 26. Februar 1992 (BBl 1992 III 533, 576: "Die Barauszahlung von Austrittsleistungen wird von der schriftlichen Zustimmung des andern Ehegatten abhängig gemacht. Damit kann ein Entscheid, der letztlich beide Ehepartner trifft und auch Auswirkungen auf ihre Kinder hat, nicht mehr von einem Ehegatten allein getroffen werden. Solche Zustimmungserfordernisse kennt unsere Rechtsordnung bereits bei der Bürgschaft, beim Abzahlungskauf und im Mietrecht.")). Im Weiteren erscheint auch nicht zwingend, dass das Votum von Bundesrat Koller betreffend Art. 5 Abs. 1 lit. b. FZG (Barauszahlung bei Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit) auch auf Art. 5 Abs. 2 FZG zu übertragen ist. Umgekehrt finden sich indes Hinweise, welche ein Abweichen von den als vergleichbar bezeichneten Regelungen der Bürgschaft, des Abzahlungsvertrages und des Mietvertrages als möglich erscheinen lassen. So sieht Art. 266oOR die Nichtigkeitfolge bei Nichteinhaltung von Art. 266m ausdrücklich vor, und Art. 494 Abs. 1 OR nimmt ebenfalls auf die Gültigkeit des Vertrags Bezug. Im Gegensatz zur Regelung von Art. 5 Abs. 2 FZG wird in den genannten Bestimmungen somit ausdrücklich festgehalten, dass die Zustimmung des anderen Ehegatten ein Gültigkeitserfordernis ist. Hingewiesen sei sodann darauf, dass Art. 226b OR durch das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Konsumkreditgesetz (KKG, SR 221.214.1) aufgehoben wurde.

²⁷ Nebenbei sei auch bemerkt, dass die Begründung des Verschuldens - insbesondere im Vergleich mit der privatrechtlichen Rechtsprechung (vgl. etwa 126 III 20 ff., 111 II 263 ff., Pra 76 Nr. 144) - vor allem im Leitentscheid als sehr kurz erscheint.